

서울동부지방법원 2018. 8. 22 선고 2017나28018 판결 [근저당권설정등기말소]

전 문

원고, 피항소인 A

피고, 항소인 B

변론 종결 2018. 6. 27.

판결 선고 2018. 8. 22.

제 1 심 판결 서울동부지방법원 2017. 9. 20. 선고 2016가단125911 판결

주 문

1. 피고의 항소를 기각한다.
2. 항소비용은 피고가 부담한다.

N

청 구 취 지 및 항 소 취 지

1. 청구취지

피고는 원고에게 별지 목록 기재 부동산에 관하여 서울동부지방법원 2015. 6. 25. 접수 제49708호로 마친 근저당권설정등기의 말소등기절차를 이행하라.

2. 항소취지

제1심 판결을 취소한다. 원고의 청구를 기각한다.

이 유

1. 기초사실

가. 당사자 지위

(1) 원고는 2013.경부터 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(이하 '자본시장법'이라고만 한다)에 정해진 금융투자업을 목적으로 하는 삼성증권 주식회사 및 에스케이증권주식회사에서 투자상담사로 근무하고 있다.

(2) 피고는 원고가 삼성증권 주식회사에 근무하던 2012. 8. 21.경 위 삼성증권에 종합계좌를 개설한 후 위 계좌의 운용에 관하여 원고에게 포괄적으로 일임하여 주식과 파생상품 등 금융투자거래를 시작하였고, 원고가 2014. 6.경 에스케이증권 주식회사로 이직한 후에도 위 에스케이증권으로 계좌를 옮겨서 동일한 방법으로 금융투자거래를 계속하였다.

나. 포괄적 일임매매와 손실 발생

(1) 피고는 2012. 8. 21.경 삼성증권 주식회사에 종합계좌(이하 에스케이증권 주식회사로 이전된 계좌까지 포함하여 '이 사건 계좌'라고 한다)를 개설한 후 200,000,000원을 입금하였는데, 원고가 이 사건 계좌를 포괄적으로 일임 받아 운용하는 과정에서 투자한 ELS(주가연계증권)나 브라질 국채 등의 투자 상품에서 거액의 손실이 발생하였다.

(2) 원고는 2013. 11. 28.경 이 사건 계좌의 잔액이 138,000,000원 상당으로 감소하자, 피고에게 원금 200,000,000원을 만회할 때까지 계속 투자하기를 권유하면서 "회장님(피고)께서 2014년까지 기회를 한 번 더 주셨습니다. 오늘 이후부터는 책임지고 자산관리를 하여 회장님의 처분에 따르도록 하겠습니다."라고 기재한 서면을 작성하여 교부하였다.

(3) 그런데 그 후로도 손실은 계속 발생하였고, 피고가 2014. 6. 16.경 이 사건 계좌를 에스케이증권

주식회사로 옮길 무렵 잔액은 107,802,283원이었다.

(4) 원고는 에스케이증권 주식회사에서도 이 사건 계좌를 포괄적 일임매매 방식으로 운용하면서 OCI, 대우조선해양, 삼성물산, 정보산업, 엑세스바이오, 다날 등의 국내기업주식에 투자를 하였으나 손실 금액은 계속 증가하였고, 2015. 1. 15.경 이 사건 계좌의 잔액은 60,631,175원까지 감소하였다.

다. 이 사건 손실보전약정

(1) 피고는 위와 같이 주식투자 등의 거래로 거액의 손실을 입게 되자 원고에게 손실의 보전을 요구하였다.

(2) 이에 원고는 2015. 1. 15.경 피고에게 2015. 3. 말경까지 1차적으로 100,000,000원을 변제하겠다는 취지의 상환각서(이하 '이 사건 손실보전약정'이라고 한다)를 작성·교부하였다.

(3) 원고는 2015. 1. 20.경 피고에게 원고와 그 처인 C이 각 1/2 지분을 소유하고 있는 별지 목록 기재 부동산(이하 '이 사건 부동산'이라고 한다)에 관한 근저당권설정계약서 등 근저당권설정에 필요한 서류를 교부한데 이어, 2015. 3. 30. 원고의 인감증명서를 발급받아 피고에게 교부하였다.

(4) 그 후 피고는 이 사건 부동산에 관하여 서울동부지방법원 2015. 6. 25. 접수 제49708호로 채권자 피고, 채권최고액 135,000,000원으로 된 근저당권설정등기(이하 '이 사건 근저당권설정등기'라고 한다)를 경료하였다.

(5) 한편, 피고는 2016. 7. 8.경 이 사건 계좌를 해지하였고, 당시 이 사건 계좌의 잔액은 37,842,239원이었다.

[인정근거] 다툼 없는 사실, 갑 제1, 3 내지 5, 7, 10, 11호증, 을 제1, 2, 3, 5호증(각가지번호 포함, 이하 같다)의 각 기재, 이 법원의 에스케이증권 주식회사에 대한 금융거래정보 제출명령에 대한 회신결과, 변론 전체의 취지

2. 당사자들의 주장 요지

가. 원고 주장 요지

원고는 피고로부터 금원을 차용한 사실이 없고, 또한 이 사건 손실보전약정은 강행규정인 자본시장법

제55조에 반하여 무효이므로, 이 사건 근저당권설정등기의 피보전채권은 부존재 하거나 무효라고 할 것인바, 피고는 원고에게 이 사건 근저당권설정등기를 말소하여야 한다.

나. 피고 주장 요지

자본시장법 제55조는 손실보전약정을 원칙적으로 금지하면서도 예외적으로 건전한 거래질서를 해할 우려가 없는 경우로서 정당한 사유가 있는 경우에는 손실보전약정을 할 수 있다고 정하고 있다. 또한 이 사건 손실보전약정이 자본시장법 제55조의 손실보전약정에 해당하여 무효라고 하더라도, 원고는 ① 금융투자거래를 처음 하는 피고에게 투자하는 상품이나 종목, 거래수량, 매수·매입가격 등에 관하여 제대로 고지하거나 설명하지 아니한 채 피고의 주문이나 승인 없이 임의로 투자를 실시하여 거래의 손실을 발생시켰고, ② 피고가 원고에게 투자 중단을 요청하였음에도 불구하고 원금을 상환하겠다는 취지의 상환각서 등을 작성·교부하면서까지 피고로 하여금 계속하여 주식투자를 하도록 부당 권유하였으며, ③ 투자상담사로서의 충실의무에 반하여 피고의 이익을 무시하고 무리하게 위험성이 높은 '미수거래' 및 '단타매매' 등을 실시하였는바, 원고스스로 위와 같은 손해배상책임을 인정하여 이 사건 손실보전약정을 한 것이다. 따라서 이 사건 손실보전약정은 건전한 거래질서를 해할 우려가 없는 경우로서 정당한 사유가 있는 경우에 해당하거나 또는 불법행위에 기한 손해배상약정으로서 유효하다.

3. 판단

가. 관련 법령 및 법리

(1) 자본시장법 제55조 제2호는, 금융투자업자는 금융투자 상품의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 제103조 제3항에 따라 손실의 보전 또는 이익의 보장을 하는 경우, 그 밖에 건전한 거래질서를 해할 우려가 없는 경우로서 정당한 사유가 있는 유형을 제외하고는 '투자자가 입은 손실의 전부 또는 일부를 사후에 보전하여 주는 행위를 하여서는 아니 되고, 금융투자업자의 임직원이 자기의 계산으로 하는 경우에도 또한 같다고 규정하고 있다.

(2) 이와 같은 사후손실보전약정은 강행규정인 자본시장법 제55조에 위반되거나, 위험관리에 의하여

경제활동을 촉진하는 증권시장의 본질을 훼손하고 안이한 투자판단을 초래하여 가격 형성의 공정을 왜곡하는 행위로서 증권투자자에 있어서의 자기책임원칙에 반하는 것으로서 사회질서에 위반되어 무효이다. 다만 금융투자업자의 임직원에 게 책임 있는 사유로 인하여 발생하여 금융투자업자의 임직원이 고객에게 전보하여야할 손실에 대한 보전행위는 허용되어야 하므로, 보전의 대상이 되는 손실이 금융투자업자의 임직원에게 책임 있는 사유로 인하여 발생한 경우라면 이를 보전하여 준다는 내용의 사후손실보전약정은 그 범위 내에서 정당한 사유가 있어 유효하다(대법원2011. 1. 27. 선고 2010다15776 판결 등 참조).

(3) 이 사건에 관하여 보건대, 앞선 인정사실에 변론 전체의 취지를 종합하여 보면, 투자상담사인 원고가 고객인 피고에게 주식 등 금융투자거래와 관련하여 피고가 입은 손실의 전부 내지 일부를 사후에 보전하여 주기로 하고 이 사건 상환각서를 작성한 후 이에 터잡아 이 사건 근저당권설정계약을 작성해 준 사실을 인정할 수 있다.

따라서 강행법규 위반으로 무효인 사후손실보전약정을 원인으로 작성된 이 사건 근저당권설정계약서는 그와 같은 사후손실보전약정을 정당하게 할 만한 사유가 없는 이상 무효라고 할 것이다.

나. 이 사건 손실보전약정에 자본시장법 제55조의 정당한 사유(원고에게 책임 있는 사유로 손실이 발생하였다는 사정)가 있는지 여부에 관한 판단

(1) 자본시장법 제70조에 의하면, 투자매매업자 또는 투자중개업자는 투자자나 그대리인으로부터 금융투자상품의 매매의 청약 또는 주문을 받지 아니하고는 투자자로부터 예약받은 재산으로 금융투자상품의 매매를 할 수 없는데, 앞선 인정사실에다가 변론 전체의 취지를 종합하여 보면, 원고가 이 사건 계좌를 통하여 주식 등 금융투자거래를 함에 있어서 매 거래마다 피고로부터 거래의 내용에 관한 구체적인 주문이나 승인을 받지 않은 것으로 보인다.

(2) 그런데 앞선 증거들에다가 갑 제12호증, 을 제6호증의 각 기재 및 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉, ① 피고는 이 사건 계좌를 개설하면서 거래 관련 정보의 통보방법을 이메일(F)로 지정하였는바, 에스케이증권 주식회사등이 매월 피고에게 이메일로 이 사건 계좌의 전월 거래내역을 알려주었을 것으로 보이는 점, ② 그 무렵 원고는 특정종목의 주식을 거래함에 있어서

피고 또는 피고가 지정한 주문대리인에게 사전에 유선 상으로 거래할 종목과 그 시가 및 거래 이유 등에 관하여 간략하게나마 설명한 것으로 보이는 점, ③ 당시 피고는 원고 또는 주문대리인으로부터 위와 같은 거래상황을 전달받은 후 원고에게 '원고가 알아서 잘 투자해 달라, 빨리 손실이 회복될 수 있도록 해 달라'는 취지의 의견만 전달하였을 뿐 구체적으로 당해 거래로 인한 수익률이나 투자 위험성 등에 관하여서는 별다른 질문이나 확인을 하지 않았고, 원고가 진행한 금융투자거래에 대하여 특별히 반대하거나 이의를 제기한 사실도 없는 것으로 보이는 점, ④ 원고의 권유로 피고가 주식이나 파생상품 등의 금융투자거래를 시작하게 되었다고 하더라도, 원고가 확실한 투자정보가 있거나 또는 수익률을 보장하는 등의 방법으로 금융투자거래에 필연적으로 수반되는 위험성에 관한 올바른 인식형성을 방해하거나 피고의 투자 상황에 비추어 과대한 위험성을 수반하는 거래를 적극적으로 권유하였다고 볼 만한 뚜렷한 증거가 없는 점, ⑤ 특히 피고가 이 사건 손실보전약정을 할 무렵에는 이미 개별 종목의 주식 거래 등으로 인한 손실 가능성이나 투자 위험성 등을 충분히 인식하고 있었다고 할 것임에도 그 손실을 회복하기 위하여 이 사건 손실보전약정을 한 후에도 계속하여 주식 거래 등을 한 것으로 보이는 점, ⑥ 그 무렵 원고가 이 사건 손실보전약정까지 하면서 피고의 투자 중단 요청을 거부하였다거나 과대한 위험성을 수반하는 거래를 무리하게 지속하였다고 볼 만한 자료가 없는 점, ⑦ 피고는 이 사건 손실보전약정 이후에도 여전히 주문대리인을 통하여 원고로부터 거래상황만을 전달받았을 뿐 해당 거래로 인한 위험성이나 투자 적합성 등에 대한 면밀한 검토나 확인을 하지 않았던 점, ⑧ 한편, 금융투자업자의 직원이 투자자로부터 투자위임을 받은 경우 그 직원이 결과적으로 수익성 없는 거래를 반복하였다는 사정만으로 선량한 관리자로서의 주의의무(충실의무)를 위배하였다고 볼 수는 없는 점(대법원 2005. 10. 7. 선고 2005다11541 판결 등 참조), ⑨ 원고가 4년여 동안 피고에게 160,000,000원 상당에 이르는 거액의 손실을 입혔고, 상대적으로 투자 위험성이 높은 코스닥 상장 기업에 여러 차례 투자를 실시하였다고 하더라도, 피고가 이 사건계좌를 통한 거래내역을 대체로 파악하고 있어 원고가 이 사건 계좌를 전적으로 지배하였다고 보기 어려운 점 및 투자종목의 수, 주식 보유기간 등에 비추어 보면, 원고가 선량한 관리자로서의 주의의무(충실의무)를 위배하였다고 보기 어려운 점, 10 그 밖에 주식투자 전문가인 원고가 비합리적이고 불성실한 주식거래 등을 하였다고 인정할 만한 뚜렷한 증거가 없는 점 등에 비추어

보면, 이 사건 손실보전약정은 자본시장법 제55조의 정당한 사유(원고에게 책임 있는 사유로 손실이 발생하였다는 사정)가 있는 경우에 해당한다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

따라서 이 사건 손실보전약정은 자본시장법 제55조의 정당한 사유가 없는 때에 해당하여 무효라고 봄이 상당하므로, 이에 반하는 전제에 선 피고의 주장은 받아들일 수 없다.

(3) 또한 앞선 인정사실에다가 위 인정사실을 종합하여 보면, 원고가 이 사건 계좌를 통하여 금융투자거래를 함에 있어서, 피고에게 투자하는 상품이나 종목, 거래수량,매수·매입가격 등에 관하여 아무런 고지나 설명을 하지 아니한 채 임의매매를 하였다거나, 피고가 원고에게 투자 중단을 요청하였음에도 불구하고 피고로 하여금 계속하여 주식투자를 하도록 부당 권유하였다거나 또는 피고의 이익을 무시하고 무리하게 위험성이 높은 '미수거래' 및 '단타매매' 등을 실시하였다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할만한 뚜렷한 증거가 없으므로, 이를 전제로 한 피고의 불법행위에 기한 손해배상책임주장 역시 받아들일 수 없다.

다. 소결론

따라서 이 사건 근저당권설정등기는 무효인 이 사건 손실보전약정에 터잡아 경료된것으로서 원인무효의 등기이므로, 피고는 원고에게 이 사건 근저당권설정등기를 말소할 의무가 있다.

4. 결론

그렇다면, 원고의 이 사건 청구는 이유 있어 이를 인용할 것인바, 제1심 판결은 이와 결론을 같이 하여 정당하므로, 피고의 항소는 이유 없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 판사 김종원, 판사 이은혜, 판사 전상범

별지

[1동의 건물의 표시]

서울 성동구 지상 철근콘크리트조

콘크리트, 평스라브지붕 4층 공동주택(다세대주택)

지하1 122.61m²

제1종근린생활시설(소매점)

1층 58.68m²2층 113.55m²3층 113.55m²4층 56.75m²

[대지권의 목적인 토지의 표시]

서울 성동구 대 202m²

[전유부분의 건물의 표시]

제지층 제비02호 철근콘크리트조 49m²

[대지권의 표시]

소유권대지권 202분의 27.44